



**University of
Zurich^{UZH}**

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2016

Provokation im Strafrecht

Mausbach, Julian

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-131378>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Mausbach, Julian (2016). Provokation im Strafrecht. Jusletter, (11.07.2016):1-22.

Julian Mausbach

Provokation im Strafrecht

Provokationen können erhebliche Reaktionen und Folgen auszulösen. Hinsichtlich der Tatprovokation führt dies dazu, dass zu untersuchen ist, welche Rechtsfolgen das Verhalten eines «agent provocateur» nach sich zieht. Hierbei rückt Art. 293 StPO ins Blickfeld. Er setzt den Massstab für zulässige Einwirkungsmöglichkeiten, ist aber zugleich hinsichtlich seiner Rechtsfolgen kritisch zu beleuchten. Anhand der Notwehrprovokation wird aufgezeigt, dass auch die Reaktionen des Provozierten relevant sind. Ihnen ist ein stärkeres Gewicht als bisher üblich zuzusprechen. Abschliessend wird die Provokationen als Strafzumessungsgesichtspunkt beleuchtet.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Strafrecht; Strafprozessrecht

Zitiervorschlag: Julian Mausbach, Provokation im Strafrecht, in: Jusletter 11. Juli 2016

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Tatprovokation
 - 1. Strafbarkeit des agent provocateur
 - 2. Art. 293 StPO
 - 3. Unzulässige Tatprovokation und Verfahren
 - a. Die Strafzumessungslösung und der EGMR
 - b. Folgen für das Verfahren gegen den Provozierten
 - c. Beweisverwertungsverbot
 - d. Verfahrenseinstellung aufgrund Verfahrenshindernis
- III. Notwehrprovokation
 - 1. Absichtsprovokation
 - 2. Fahrlässige bzw. nicht gewollte Notwehrprovokation
 - 3. Gesamtbetrachtung
- IV. Provokation und Strafe
 - 1. Fakultative Strafbefreiung nach Art. 177 Abs. 2
 - 2. Retorsion als Spezialfall der Provokation
 - 3. Strafmilderung nach Art. 48 lit. b StGB
- V. Resümee

I. Einleitung

[Rz 1] «Provokation» als Begriff wird durch den Gesetzgeber gemieden.¹ Strafrechtliche Regelungen, die ihn im Wortlaut tragen, sind nicht vorhanden.² Das ist insoweit erstaunlich, als die Provokation entscheidenden Einfluss auf die Bewertung der Strafbarkeit hat. Sie kann dabei bereits vor dem Begehen der Straftat – als Tatprovokation – in Erscheinung treten. Auch auf Rechtfertigungsebene kann sie – als Notwehrprovokation – Relevanz entfalten. Zudem fliesst sie allenfalls entscheidend bei der Frage des Vorliegens einer Privilegierung, so im Rahmen des Totschlags nach Art. 113 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB),³ in die Bewertung einer strafrechtlich relevanten Handlung ein. Darüber hinaus ist sie im Rahmen der Beschimpfung in der Lage eine fakultative Strafbefreiung begründen⁴ und auch allgemein als Element der Strafzumessung als Strafmilderungsgesichtspunkt relevant.⁵

[Rz 2] Die Provokation vermag aber auch im Strafverfahren eine relevante Rolle zu entfalten. Sowohl hinsichtlich Zwangsmassnahmen, zur Beweissicherung als auch der Fahndung sind Aspekte der Provokation vorhanden.⁶ Aufgrund der möglichen massiven Folgen für das Verfahren

¹ Wohl sind Regelungen vorhanden, die «Provokation» betreffen oder durch provozierendes Verhalten gekennzeichnet sein können. Im Schweizerischen Strafgesetzbuch ist diesbezüglich insbesondere Art. 177 Abs. 2 StGB zu nennen, der darauf abstellt, dass eine fakultative Strafbefreiung möglich ist, wenn «der Beschimpfte durch sein ungebührliches Verhalten zu der Beschimpfung unmittelbar Anlass gegeben [hat]». Der Begriff «Provokation» an sich wird aber an keiner Stelle verwendet.

² Das gilt für das Straf- und Strafprozessrecht im gesamten deutschsprachigen Rechtsraum.

³ «Liegt bezüglich der heftigen Gemütsbewegung oder der grossen seelischen Belastung eine Opfermitverantwortung vor (z.B. Provokation), erscheint aber auch das Unrecht der Tat reduziert». BSK Strafrecht II-SCHWARZENEGGER, Art. 113, N 2 (und N 10).

⁴ Siehe hierzu Art. 177 Abs. 2 StGB – wie auch Art. 113 StGB, auf welchem im vorliegenden Beitrag aufgrund des gewählten Fokus allerdings nicht vertieft eingegangen wird.

⁵ Siehe Art. 48 lit. b StGB.

⁶ Siehe hierzu BÜTTIKER, Provokation als Ermittlungsmethode, in: *forumpoenale*, 2/2014, S. 93 f.

nimmt die Figur des «agent provocateur»⁷, hier verstanden als die Tatprovokation durch einen verdeckten Ermittler,⁸ eine besondere Rolle ein.

[Rz 3] Der vorliegende Beitrag befasst sich schwerpunktmässig mit der Tatprovokation und der Notwehrprovokation. Er geht dabei zunächst der Frage nach, inwieweit diese Provokationen in der Lage sind, eine Strafbarkeit auszulösen bzw. eine Rechtfertigung zu verhindern. Mit Blick auf das Strafprozessrecht wird überprüft, inwieweit Rechtsprechungsentwicklungen zu einer Anpassung der Praxis anhalten. Neben der Rechtsprechung des EGMR wird dabei eine aktuelle Entscheidung des Bezirksgerichts Zürich⁹ einbezogen.

[Rz 4] Insbesondere zur Notwehrprovokation wird aufgezeigt, dass dem provozierenden Verhalten eine gewisse Unsicherheit innewohnt. Man muss daher annehmen, dass der Provozierende nur zum Teil das Verhalten des Provozierten steuern kann. Dieser Annahme folgend, wird ein Vorschlag unterbreitet, die Provokation nicht kategorisch sondern anhand einer Trias von Vorgaben, welche auch die Reaktion einbeziehen, zu beurteilen.

II. Tatprovokation

1. Strafbarkeit des agent provocateur

[Rz 5] Die Tatprovokation, also das Hervorrufen von Tatentschluss bei einer Person, die diesen bisher noch nicht entwickelt hat, stellt dem Grundsatz nach eine Anstiftung im Sinne von Art. 24 StGB dar.

[Rz 6] Für den agent provocateur ist dies mit der herrschenden Meinung allerdings nicht ohne weiteres anzunehmen.¹⁰ Da es diesem typischerweise nicht darauf ankommt, dass die Straftat vollendet wird bzw. er seine Provokation zwecks späterer Überführung des Täters vornimmt. Sein Ziel ist damit nicht das Herbeiführen einer Straftat. Seine Provokation ist vielmehr darauf gerichtet, einen potentiellen Straftäter in Versuchung zu bringen bzw. als solchen zu entlarven.¹¹ Die Provokation beabsichtigt damit in einer klassischen agent provocateur-Konstellation, dass der Haupttäter Tatentschluss fasst, die Schwelle zum Jetzt-geht's-los überschreitet und dann im Versuchsstadium durch den agent provocateur eine (polizeiliche) Handlung vorgenommen oder ausgelöst wird, welche die Vollendung der Haupttat hindert.¹²

⁷ Denkbar sind ein Verfahrenshindernis, ein Beweisverwertungsverbot oder eine Berücksichtigung im Bereich der Strafzumessung (so möglich nach der gesetzlichen Regelung des Art. 293 Abs. 4 StPO).

⁸ Die Fälle in denen die Tatprovokation nicht durch einen verdeckten Ermittler erfolgt sondern durch eine Privatperson, die nicht zu polizeilichen oder Strafverfolgungszwecken tätig wird, seien ausgenommen. Obschon mit dem Aufkommen von privaten Sicherheitsdiensten die Zahlen steigen und damit die praktische Relevanz daher nicht mehr gänzlich zu vernachlässigen ist, siehe hierzu KELLER, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, Berlin 1989, S. 15. Letztlich geht es vorliegend um den agent provocateur als eine Person die als Ermittler oder mindestens Beamter im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB tätig wird. Das ist insofern eine spezielle Konstellation, als letztlich der Staat den Bruch der durch ihn zu schützenden Rechtsordnung provoziert. Eben aufgrund dieser Besonderheit wird vorliegend auf eben diese Konstellation fokussiert.

⁹ Siehe hierzu das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. November 2015 (Geschäftsnummer GG150245-I/U; nicht publiziert und bisher nicht rechtskräftig; Berufung hängig).

¹⁰ Statt vieler Vgl. BSK Strafrecht I – FORSTER, Art. 26, N. 26 m.w.N.

¹¹ Vgl. BSK Strafrecht I – FORSTER, Art. 26, N. 26.

¹² Als Beispiel wird die Warnung der Opfer oder für den Fall eines privaten agent provocateur, eine Meldung an die Polizei genannt. In der Regel wird man davon ausgehen müssen, dass die Vollendung der Tat durch eine polizeiliche Massnahme verhindert werden soll. Vgl. hierzu auch BSK Strafrecht I – FORSTER, Art. 26, N. 26.

[Rz 7] Hierzu wird vertreten, dass der agent provocateur in diesem Falle nicht strafbar sei. Dies sei darauf zurückzuführen, dass in der Vorstellung des agent provocateur allenfalls ein Handlungsunwert, jedenfalls aber kein Erfolgsunwert eintreten soll.¹³ Damit fehle es ihm an einem Element des subjektiven Anstiftungstatbestandes.¹⁴ Der mithin fehlende Vorsatz eine Straftat herbeiführen zu wollen, lasse daher eine Strafbarkeit ausscheiden.

[Rz 8] Erst wenn ein Eventualvorsatz bezüglich der Vollendung der Tat durch den Haupttäter feststellbar ist, liegt danach im provozierenden Verhalten des agent provocateur ein ausreichender Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit.

[Rz 9] Fraglich und umstritten ist allerdings, ob es nicht einen Graubereich betreffend der Strafbarkeit des agent provokateur gibt. Dieser Graubereich eröffnet sich allenfalls dort, wo angenommen werden kann, dass sich der Vorsatz darauf bezieht, dass die Haupttat nur ins Versuchsstadium gelangt. Bei genauerer Betrachtung aber das Vorstellungsbild des agent provocateur vom Geschehen im Versuchsstadium dann im Detail divergiert. Hierbei kann man eine Spannweite ausmachen, die bei der Inkaufnahme, dass eine Verhinderung der Vollendung scheitern könnte, beginnt und bis hin zur klaren Absicht die Verhinderung der Vollendung zielgerichtet vorzunehmen, reicht. Wie und wo genau dann die Grenzziehung vorzunehmen ist, ist umstritten.

[Rz 10] Die engste Grenze setzt die Theorie der Rechtsgutsgefährdungsgrenze.¹⁵ Diese gestattet es dem agent provocateur einen Tatentschluss im Haupttäter nur dann auszulösen, wenn er seinen Vorsatz bezüglich der Haupttat darauf begrenzt, dass diese im Versuchsstadium stecken bleibt und hinzutritt, dass keine Rechtsgutgefährdung eintreten soll. Vom Vorsatz des agent provocateur muss für eine Straffreiheit zugleich umfasst sein, dass auch eine Gefährdung des Tatobjekts ausgeschlossen ist. Wird die Vollendung der Tat nicht ausgeschlossen, macht er sich strafbar. Es wird also vom agent provocateur zur Vermeidung einer Strafbarkeit mehr verlangt, als das er bloss grundsätzlich davon ausgeht, es solle zu keiner Rechtsgutsverletzung kommen. Nur wenn man dieses Mehr verlange, könne der rechtsgutsverletzenden Charakter der Provokation ausreichend ausgeschlossen werden.

[Rz 11] Die Theorie der formellen Vollendungsgrenze¹⁶ lässt eine Anstiftung in den Fällen ausscheiden, in denen es der Anstifter lediglich zum Versuch der Haupttat kommen lassen will. Ob dabei im Einzelfall eine weitere Gefährdung auszuschliessen sei, spiele keine Rolle. Erst ab dem Punkt, ab welchem die formelle Vollendung der Tat im Vorsatz des agent provocateur aufgenommen werde, kann demnach eine Strafbarkeit begründet sein.

[Rz 12] Nach der Theorie der materiellen Vollendungsgrenze¹⁷ kommt eine Anstiftung auch in den Fällen nicht in Betracht, in denen es der Anstifter zwar zur formellen Vollendung der Haupttat kommen lassen will, er aber jedenfalls die materielle Beendigung der Tat nicht will. Er ist nur dann Anstifter, wenn er auch die materielle Beendigung der Haupttat will. Letztlich sei die Frage der Anstiftung daran zu entscheiden, ob der Anstifter dem Rechtsgutsinhaber einen Scha-

¹³ Siehe DONATSCH/TAG, Strafrecht I Verbrechenslehre, 9. Auflage, Zürich 2013, S. 159.

¹⁴ Vgl. BSK Strafrecht I – FORSTER, Art. 26, N. 26 m.w.N.

¹⁵ Vgl. EBERT, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Heidelberg 2001; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996, § 64 II 2b; SCHMIDHÄUSER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Tübingen 1984, S. 108.

¹⁶ So wohl DONATSCH/TAG Strafrecht I, 9. Auflage, Zürich 2013, S. 159 m.w.N.; auch LACKNER/HEGER/DREHER/KÜHL, Strafrecht, 28. Auflage, München 2014, § 26, N. 4 m.w.N.

¹⁷ Etwa STRATENWERTH/KUHLEN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Köln 2000, § 12, N. 150.

den zufügen wolle. Fehlt der Wille zur materiellen Beendigung könne davon nicht ausgegangen werden.

[Rz 13] RIKLIN wiederum nimmt an, dass eine Strafbarkeit des agent provocateur immer dann ausscheidet, wenn er die Schädigung des Rechtsguts verhindert, unabhängig davon, ob die Haupttat vollendet ist oder nicht.¹⁸ Damit ist er zu den Vertretern der Theorie von der irreparablen Rechtsgutsverletzung¹⁹ zu zählen.²⁰ Hiernach scheidet eine Anstiftung immer dann und solange aus, als der Anstifter es nicht zu einer irreparablen Rechtsgutsverletzung kommen lassen will. Begründet wird dies letztlich wie folgt. Der Anstifter wolle dem Rechtsgutsinhaber letztlich keinen Schaden zufügen und daher fehle es an einem die Strafbarkeit begründenden materiellen Rechtsgutsangriff.

[Rz 14] Sowohl die Theorie der Rechtsgutsgefährdung als auch das Abstellen auf formelle oder materielle Vollendung sind bei der Grenzziehung aber nicht durchdringend hilfreich. Abstrakte Gefährdungsdelikte können kaum sinnvoll abgehandelt werden, da sie eben keinen tatbestandlichen Erfolg im Sinne eines Begehungsdelikt voraussetzen. Das Tatentschluss weckende Verhalten des agent provocateur kann nach diesen Theorien dann nur im Bereich der Strafbarkeit angesiedelt werden. Gerade im praxisrelevanten Bereich der Bekämpfung von Betäubungsmittelkriminalität führt dies also zu keiner weiteren Hilfe. Im Betäubungsmittelgesetz (BetmG) wird bereits ein Verhalten mit Strafe bedroht, welches in der Regel eine erhöhte Möglichkeit der Verletzung des betreffenden Rechtsgutes schafft, unabhängig davon, ob im Einzelfall tatsächlich eine Gefahr geschaffen wurde.²¹ Das bedeutet, dass das sanktionierte Verhalten – etwa das Verkaufen im Sinne von Art. 19 Ziffer 1 Abs. 4 BetmG – an sich ausreicht um die strafrechtliche Haftung zu begründen.²² Bejaht man also den Graubereich würde lediglich die Theorie von der irreparablen Rechtsgutsverletzung eine Anstiftung bei abstrakten Gefährdungsdelikten ausscheiden lassen. Jedenfalls dann, wenn der Anstifter es eben nicht zu einer irreparablen Rechtsgutsverletzung kommen lassen will. Der tatsächliche Vorteil dieser Theorie besteht mithin in der Möglichkeit abstrakte Gefährdungsdelikte so erfassen zu können, dass nicht zwingend eine Strafbarkeit für den agent provocateur folgt. Dies mag man allenfalls als rechtspolitisch gewünschtes Ergebnis für die Verfolgung von Betäubungsmittelkriminalität oder sonstiger abstrakter Gefährdungsdelikte einordnen. Fraglich bleibt aber, ob diese Erfassung bzw. Betrachtung von abstrakten Gefährdungsdelikten so von der Rechtsordnung an sich gewollt ist. Dies könnte der Fall sein, wenn man in der Rechtsordnung sonst einen Hinweis finden könnte, dass das Bestimmen zu einer Straftat – im Sinne des Hervorrufens eines noch nicht gefassten Tatentschlusses – auch ein(mal) gewünschter Akt ist. Das Gegenteil der Fall. Es findet sich nicht nur kein solcher Hinweis, mit Art. 293 Strafprozessordnung (StPO) ist vielmehr eine Norm vorhanden, die ausdrücklich mitteilt, dass

¹⁸ RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil 1, Verbrechenslehre, Zürich 2007, § 18 N 85.

¹⁹ HEINE in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Auflage, München 2010, § 26 N. 20; MITSCH, Straflose Provokation strafloser Taten, Lübeck 1986, S. 139 f.; SCHWARZBURG, Einsatzbedingte Straftaten Verdeckter Ermittler, Neuen Zeitschrift für Strafrecht, 1995, S. 469 f. (470).

²⁰ Welche zum Teil auch als eine (Unter-)Variante der Theorie der materiellen Vollendungsgrenze ansehen wird, so jedenfalls wohl HILLENKAMP, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2010, S. 173 ff.

²¹ Siehe vertiefend hierzu auch FINGERHUTH/TSCHURR, BetmG Kommentar Betäubungsmittelgesetz, Das BetmG und weitere Bundesgesetze (in Auszügen), Verordnungen sowie völkerrechtliche Verträge mit Verweisungen, Anmerkungen, Hinweisen und Sachregister, Zürich 2007, Art. 19 N. 2.

²² So bedarf es eben gerade keines Nachweises, dass eine Gefahr eingetreten oder vom Täter gewollt war. Siehe hierzu BGE 117 IV 58, 60 E. 2.

«Verdeckte Ermittlerinnen und Ermittler [...] keine allgemeine Tatbereitschaft wecken und die Tatbereitschaft nicht auf schwerere Straftaten lenken [dürfen]».²³

[Rz 15] Darüber hinaus muss sich die Theorie der irreparablen Rechtsgutsverletzung entgegenhalten lassen, dass eine exakte Bestimmung, wann eine Rechtsgutsverletzung irreparabel eingetreten ist, kaum vorgenommen werden kann.²⁴

[Rz 16] Den vorgestellten Theorien tritt SEELMANN²⁵ entgegen und verneint bereits das Vorhandensein eines Graubereichs. Ausgangspunkt ist dabei die Feststellung, dass die Haupttat für eine Teilnehmer-Strafbarkeit nach Art. 24 StGB lediglich ins Versuchsstadium eingetreten muss. Dies wird betreffend der Vollendung der Anstiftung durch eine zumindest versuchte Haupttat auch nicht bestritten.²⁶ In Verbindung mit dem Wortlaut des Art. 24 StGB, nach welchem zu einem Vergehen oder Verbrechen bestimmt werden muss und der Tatsache, dass eben auch der Versuch eines Verbrechens bzw. Vergehens ein ebensolches darstellt, ergibt sich die Strafbarkeit des Anstiftenden bereits auch dann, wenn sich dessen Vorsatz lediglich auf einen Versuch der Haupttat bezieht.²⁷ Dabei wird nicht bestritten, dass der Anstifter grundsätzlich einen Vollendungswillen in Bezug auf die Haupttat in sich trägt und insofern deren Verwirklichung in Kauf nimmt oder anstrebt. Es wird lediglich aufgezeigt, dass die Besonderheit, dass der agent provocateur diesen Verwirklichungswillen nicht in sich tragen muss, nicht dazu führt, dass dieser sich ausserhalb des Anwendungsbereichs des Art. 24 StGB befindet.

[Rz 17] Dies kann aus folgenden Gründen überzeugen. Es führt zu einer Verlagerung der Frage, in wie weit der agent provocateur Vorsatz in Bezug auf die Haupttat hatte, hin zu der Betrachtung der Frage, inwieweit ein eigentliches Bestimmen – im Sinne des Hervorrufen eines bisher noch nicht vorhandenen Tatentschlusses – und ein darauf gerichteter Vorsatz festzustellen sind. Damit begibt sich die am Wortlaut des Art. 24 StGB ausgerichtete Betrachtung in Einklang mit den sonst aufzufindenden gesetzlichen Anknüpfungspunkten, insbesondere Art. 293 StPO. Dies hat zunächst den Charme der Rechtseinheitlichkeit für sich. Des Weiteren erfolgt die Bemessung der Strafbarkeit damit letztlich auf der Rechtfertigungsebene durch Beantwortung der Frage, inwieweit die Handlung eine zulässige Einwirkung auf eine Person im Sinne von Art. 293 StGB ist oder sonst durch Rechtfertigungsgründe gedeckt ist. Konkret bedeutet dies, dass Personen die qua Zugehörigkeit zu den Strafverfolgungsbehörden einen staatlichen Strafanspruch durchzusetzen versuchen, ihre Grenzen zur Beeinflussung einer Person dort gesetzt bekommen, wo sie nicht lediglich einen vorhandenen Tatentschluss konkretisieren oder ihre Einflussnahme mehr als nur von untergeordneter Bedeutung für diesen Tatentschluss ist.²⁸ Tatsächlich ist in der Praxis nicht immer leicht und zuverlässig feststellbar, ob bereits ein generell vorhandener Tatentschluss in der

²³ Art. 293 Abs. 1 StPO.

²⁴ So auch und vertiefend hierzu MARTIN, Strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateurs, Verdeckten Ermittlers, der V-Person und des Informanten wegen ihrer Tätigkeiten durch die Zusammenarbeit mit Strafverfolgungsbehörden und geheimdienstlichen Behörden, in: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi / Journal of Penal Law & Criminology / Zeitschrift für Strafrecht und Kriminologie, 2014, S. 117; abrufbar unter: <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuchkd/article/view/5000065919/5000061426> (Alle Websites zuletzt besucht am 5. Juli 2016).

²⁵ SEELMANN Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Basel 2012, S. 156; ähnlich auch SCHULTZ, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts: ein Grundriss Band 1, Die allgemeinen Voraussetzungen der kriminalrechtlichen Sanktionen, Bern 1982, S. 295; sowie GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, Bern 1995, S. 305 f.

²⁶ Vgl. statt vieler BSK Strafrecht I – FORSTER, Art. 26 N. 24 m.w.N. und BGE 128 IV 11, 15 E. 2a.

²⁷ In gewisser Weise ist die Regelung des Art. 22 Abs. 1 StGB zum Versuch in sich selbst eine Stütze dieser Aussage, verweist dessen Wortlaut doch direkt darauf, dass die Strafbarkeit des Versuchs eben an den Beginn der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens geknüpft ist.

²⁸ Siehe hierzu Art. 293 Abs. 1 und 2 StGB.

dann delinquierenden Person entstanden war. Damit ist die Kritik berechtigt, dass die Grenzziehung in diesem Bereich eine besondere Herausforderung darstellt.²⁹ Diese hohen Anforderungen an die verdeckten Ermittler gestatten es aber nicht eine andere Bewertung der Strafbarkeit vorzunehmen. Vielmehr ist daraus abzuleiten, dass man nach dem Grundsatz in dubio pro reo verlangen darf und muss, dass ein behaupteter genereller Tatentschluss im Strafverfahren bis zum Beweis des Gegenteils anzunehmen ist. Darüber hinaus ist ein konkretisierendes und damit weiter anregendes Verhalten jedenfalls geeignet eine Rechtfertigung auszulösen, da ausdrücklich über Art. 293 StPO gesetzlich gestattet. Nicht hingegen eröffnet ist für das Vorgehen im Rahmen der staatlichen Strafverfolgung die Rechtfertigung über den Notstand nach Art. 17 StGB. Dies ergibt sich über die Feststellung, dass das zu schützende Rechtsgut – SEELMANN bezeichnet es als den «staatlichen Strafanspruch»³⁰ – jedenfalls kein notstandsfähiges Individualrechtsgut darstellt. Zuzustimmen ist SEELMANN darüber hinaus, das auch für einen übergesetzlichen Notstand kein Platz ist, da es an spätestens an der «Unmittelbarkeit» fehlt.³¹

2. Art. 293 StPO

[Rz 18] Die oben vorgestellten Theorien – abgesehen von der Theorie von der irreparablen Rechtsgutsverletzung – müssen für die Beurteilung der Strafbarkeit des agent provocateur ihrerseits regelmässig auf Rechtfertigungsebene das anstiftende Verhalten überprüfen. An dieser Stelle erfolgt die Beurteilung von abstrakten Gefährdungsdelikten, letztlich ebenfalls über Art. 293 StPO i.V.m. Art. 14 StGB. Insoweit kommt es über Art. 293 StPO zu den entscheidenden Weichenstellungen für die Strafbarkeit des agent provocateur. Eine Betrachtung von Art. 293 StPO, seines Anwendungsbereiches und möglichen Rechtsfolgen ist daher angezeigt.

[Rz 19] Hierbei ist zunächst festzustellen, dass diejenigen Tatprovokationen bzw. zulässigen und unzulässigen Einwirkungen die Art. 293 StPO beschreibt, durch eine verdeckte Ermittlerin oder einen verdeckten Ermittler vorgenommen werden müssen. Der Anwendungsbereich ist also grundsätzlich auf die verdeckte Ermittlungstätigkeiten im Sinn der Art. 285a StPO ff. begrenzt. Nichts desto trotz wird dabei ein Grossteil jener Einwirkungen erfasst, die rein tatsächlich in der Praxis vorkommen. Man wird annehmen können, dass alle Einwirkungen, die im Rahmen eines Strafverfahrens erfolgen, von Art. 293 StPO erfasst sind bzw. er im Falle der verdeckten Fahnder auf diese abstrahlt.³² Lediglich die Einwirkung von Privaten auf die Tatbereitschaft einer privaten Zielperson und Einwirkungen, die ohne einen Tatverdacht und damit vor Eröffnung einer Untersuchung³³ erfolgen, müssen sich nicht bzw. können sich nicht an Art. 293 StPO messen lassen.

[Rz 20] Art. 293 StPO sieht an erster Stelle ein Verbot der Tatprovokation vor. In Absatz 1 heisst es ausdrücklich, dass weder eine allgemeine Tatbereitschaft geweckt werden darf, noch einen Tat-

²⁹ So etwa SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 293, N 4.

³⁰ SEELMANN, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Basel 2012, S. 157.

³¹ SEELMANN, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Basel 2012, S. 157.

³² Spätestens über die im Zusammenhang stehende Norm des Art. 294 StPO, der eben auch die verdeckte Fahndung betrifft, ist diese Annahme zu rechtfertigen.

³³ Zur Behandlung dieser sei auf die unten stehenden Ausführungen betreffend das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. November 2015 (Geschäftsnummer GG150245-I/U; nicht publiziert und bisher nicht rechtskräftig; Berufung hängig) betreffend den Freispruch aufgrund unzulässiger «Polizei-Falle» verwiesen.

bereitschaft auf schwerere Straftaten gelenkt werden darf. Dies lässt sich, in Verbindung mit 293 Abs. 2 StPO, bezogen auf den Tatentschluss letztlich dahingehend übersetzen, dass ein Einwirken immer dann unzulässig ist, wenn dieses den Tatentschluss weckt oder im Sinne einer Aufstiftung wirkt. Positiv formuliert folgt daraus, dass die verdeckte Ermittlerin oder der verdeckte Ermittler sich «rollenadäquat» verhalten dürfen und nicht zu absoluten Passivität verdammt sind.³⁴ Eine Grenze zieht Art. 293 StPO dort, wo das Einwirken selbst massgeblich für den Tatentschluss ist. Diese Grenze ist nicht immer leicht zu ziehen und damit nicht frei von Herausforderungen und Komplexität.³⁵ Sie kann aber dennoch als entscheidende Weiche im Umgang mit Tatprovokation identifiziert werden. Ist nach dieser Weiche festgestellt, dass das Einwirken die verbotene Wirkung hatte, liegt eine unzulässige Tatprovokation vor. Diese verstösst gegen rechtstaatliche Grundsätze, das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Maxime des fairen Verfahrens.³⁶

[Rz 21] Darüber hinaus ist mit Blick auf die unzulässige Tatprovokation zu beachten, dass diese eine Gefahr für das Ergebnis des Einsatzes der verdeckten Ermittlung darstellt. Die Strafprozessordnung sieht eine Berücksichtigung in der Strafzumessung oder ein Absehen von Strafe bei unzulässiger Tatprovokation vor.³⁷ Damit wird das spätere Strafverfahren mindestens hinsichtlich des durch die verdeckte Ermittlung angestrebten Ergebnisses gefährdet. Die Rechtsfolgen, die dem Wortlaut des Art. 293 Abs. 4 zu entnehmen sind, führen mindestens zu einer Minderung der Strafe. Nimmt man im Falle der unzulässigen Tatprovokation gar ein Verfahrenshindernis an³⁸, wird das angestrebte Ergebnis gar verunmöglicht.

[Rz 22] Es bleibt darüber hinaus die Frage, in welcher Weise sich eine unzulässige Tatprovokation für den verdeckten Ermittler oder die verdeckte Ermittlerin als Strafbarkeitsrisiko darstellt. Bereits oben im Rahmen der Behandlung des agent provocateur, hat sich gezeigt, dass die unzulässige Tatprovokation in aller Regel eine Anstiftung darstellt.³⁹ Dies stützt sich letztlich auch auf die Abgrenzung von zulässiger zu unzulässiger Einwirkung im Sinne des Art. 293 StPO. Dieser erklärt den verdeckten Ermittler bei seinem Einsatz lediglich für die Fälle des Probekaufes und der Dokumentierung von Leistungsfähigkeit im Sinne des Abs. 3 für straflos. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass diese Probekäufe nicht ausnahmsweise den Bereich der unzulässigen Tatprovokation öffnen. Der Gesetzgeber geht vielmehr davon aus, dass durch ein Verhalten im Sinne des Art. 293 Abs. 3 StPO ein Vertrauensverhältnis begründet bzw. gepflegt wird. Das Verhalten im Sinne von Abs. 3 betrifft den konkreten Tatentschluss des Verkäufers nur in untergeordneter Weise, mithin in der durch Abs. 2 zulässigen Form.⁴⁰ Darüber hinaus kann es nur um jene Strafbarkeiten gehen, die aufgrund des Probekaufes durch den Erwerb, Besitz etc. ausgelöst werden.

³⁴ Siehe hierzu mit Beispielen BSK StPO-KNODEL, Art. 293, N. 5.

³⁵ Siehe zu den teils schwierigen Abgrenzungen BSK StPO-KNODEL, Art. 293, N. 5 m.w.N.

³⁶ Siehe hierzu etwa die Begründungen der im Folgenden ausgeführten Urteile des EGMR etwa Urteil des EGMR i.S. Furcht gegen Deutschland vom 23. Oktober 2014 oder auch VETTERLI, Verdeckte Ermittlungen und Grundrechtsschutz, *forum poenale* 2008, S. 367.

³⁷ SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 293, N 8, konkretisiert den Gesetzeswortlaut dabei wie folgt: Je nach Intensität und Verwerflichkeit der unzulässigen Einwirkung des verdeckten Ermittlers hat bei der Zielperson eine Strafmilderung oder gar ein Absehen von Strafe zu erfolgen.

³⁸ Siehe hierzu vertiefend die unten stehenden Ausführungen zur Rechtsfolge der unzulässigen Tatprovokation.

³⁹ So auch BSK StPO-KNODEL, Art. 293, N. 5, die diesen Zusammenhang wie folgt herausstellt: «Wirkt der verdeckte Ermittler tatprovokierend auf die Zielperson ein, agiert er als Lockspitzel oder agent provocateur. Der verdeckte Ermittler wird damit zum Anstifter für eine Straftat, um den Provozierten schliesslich bei der Tatausführung zu überführen».

⁴⁰ Vgl. DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER-HANSJAKOB, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 293, N 14.

Ein nicht zur Tat entschlossener Verkäufer darf also nicht, schon gar nicht durch ein Bedrängen oder sonst nötigungsähnliche Verhalten, zur Tat angestiftet werden.

[Rz 23] Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 294 StPO. Zwar geht dieser letztlich weiter als Art. 293 Abs. 3 StPO, die Frage der Tatprovokation ist aber dennoch auch hier nicht betroffen. Die durch Art. 294 StPO ausdrücklich gestatteten Scheinkäufe im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität unterfallen eben nicht der Fallgruppe der Konstellation des agent provocateur im hier verstandenen Sinne. Dies aus zweierlei Gesichtspunkten. Zum einen ruft der Scheinkäufer eben gerade keinen Tatentschluss des Verkäufers hervor, sondern trifft auf einen grundsätzlich tatgeneigten Verkäufer, dessen Tatentschluss lediglich in zulässiger Weise konkretisiert wird. Zum anderen trägt der Scheinkäufer grundsätzlich einen Verwirklichungsvorsatz in sich. Insofern kommt es dabei nicht einmal so sehr darauf an, dass der Scheinkauf regelmässig ein abstraktes Gefährdungsdelikt auslöst, sondern vielmehr darauf, dass die polizeiliche Massnahme eben regelmässig erst auf den getätigten Verkauf und mithin nach der Vollendung des Delikts folgt. Bis dahin ist der Scheinkäufer also nicht als agent provocateur zu betrachten und – aber eben aufgrund Art. 294 StPO – nicht strafbar. Die Besonderheit des Art. 294 StPO erstreckt sich denn eigentlich auch in der Tatsache, dass nicht nur für verdeckte Ermittler, sondern auch für verdeckte Fahnder anwendbar ist.⁴¹

[Rz 24] Betreffend der Tatprovokation bleibt es daher ungeachtet von Art. 293 Abs. 3 StPO und Art. 294 StPO dabei, dass die Strafbarkeit der verdeckten Ermittlerin bzw. der verdeckten Ermittler unter Berücksichtigung allfällig vorliegender Rechtfertigungsgründe stets zu prüfen ist.⁴² Ein Einwirken kann dann an den Massstäben des Art. 293 StPO geprüft werden und sofern zulässig, eine Rechtfertigung auslösen. Eine unzulässige Einwirkung entfaltet diese Wirkung nicht. Neben der noch weiter zu untersuchenden Wirkung für die Zielperson, trägt die unzulässige Einwirkung damit ein nicht unerhebliches Strafbarkeitsrisiko auch für die verdeckte Ermittlerin und den verdeckten Ermittler in sich. Im Ergebnis führt dies dazu, dass dem Grundsatz nach bei einem Hervorrufen von Tatentschluss auch durch einen agent provocateur von einer Strafbarkeit auszugehen ist, solange keine Rechtfertigung gelingt.

[Rz 25] Mit Blick auf die Person die Zielperson ist festzuhalten, dass es auf eine Strafbarkeit des verdeckten Ermittlers bzw. der verdeckten Ermittlerin nicht ankommt.⁴³ Auch die Regelung des Art. 293 Abs. 4 StPO kennt keinen Zusammenhang der Strafbarkeit von Provoziertem und Provozierendem. Sie gibt lediglich vor, dass im Falle der Überschreitung des zulässigen Masses der Einwirkung, bei der Zumessung der Strafe für die beeinflusste Person eine gebührende Berücksichtigung der unzulässigen Einwirkung zu erfolgen hat oder von Strafe abzusehen ist. SCHMID will dabei die Wahl der Rechtsfolge anhand der Intensität und Verwerflichkeit der unzulässigen Einwirkung des verdeckten Ermittlers bzw. Ermittlerin bestimmen.⁴⁴ Es ist aber, insbesondere aufgrund der Rechtsprechung des EGMR umstritten, ob die benannten Rechtsfolgen des Art. 293 Abs. 4 StPO in vollem Umfang zur Verfügung stehen, ausschliesslich auf das Absehen von Strafe abzustellen ist oder gar einen andere als die im Gesetz vorgegebenen Lösung vorzunehmen ist.

⁴¹ Siehe vertiefend hierzu Vgl. DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER-HANSJAKOB, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich/Basel Genf 2014, Art. 294, N 3.

⁴² BSK StPO- KNODEL, Art. 293, N. 15 verweist zu Recht darauf, dass bei einem Verdacht, das Mass der zulässigen Einwirkung sei überschritten, zusätzlich disziplinarrechtliche Massnahmen in Betracht zu ziehen sind.

⁴³ SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 293, N 8

⁴⁴ SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 293, N 8

3. Unzulässige Tatprovokation und Verfahren

a. Die Strafzumessungslösung und der EGMR

[Rz 26] Um diese weitergehende Betrachtung durchführen zu können, gilt es zunächst die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) vorzustellen, da diese für die folgenden Einschätzungen wichtige Aspekte enthält. Zunächst einmal ist darauf hinzuweisen, dass der angestiftete Täter – insbesondere, wenn er als bisher Nichtverdächtiger zur Tat verleitet wurde – nicht verurteilt werden kann, da nach der Rechtsprechung des EGMR der Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 I EMRK) verletzt wurde.⁴⁵ Diese Feststellung an sich hat wiederum in der deutschen Rechtsprechung noch nicht dazu geführt, dass von der sogenannten Strafzumessungslösung Abstand genommen wurde. Der deutsche Bundesgerichtshof hatte lange und auch in Kenntnis und Beachtung der Rechtsprechung des EGMR weiterhin angenommen, dass lediglich im Rahmen der Strafzumessung die Tatprovokation als wesentlicher Strafmilderungsgrund zu berücksichtigen sei. Auch wenn eine unzulässige Tatprovokation gegen das Rechtsstaatsprinzip und den Grundsatz des fairen Verfahrens verstosse, sei daraus nicht zwingend abzuleiten, dass ein Verfahrenshindernis bestehe. Vielmehr lautete es noch 2012 mit der Strafzumessungslösung weiterhin wie folgt: «Nach zutreffender Ansicht ist daher die Tatprovokation bei Körperverletzungsdelikten als Strafmilderungsgrund zu berücksichtigen; sie kann zur Annahme eines minder schweren Falles führen, muss dies aber nicht [...]. Liegt allerdings eine Tatprovokation vor, wird die Annahme eines minder schweren Falles regelmäßig nicht derart fernliegen, dass eine Erörterung rechtlich entbehrlich würde[...]».⁴⁶

[Rz 27] Dies hat der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs⁴⁷ zwischenzeitlich dahingehend revidiert, als dass nach ihm «Die rechtsstaatswidrige Provokation einer Straftat [...] regelmäßig ein Verfahrenshindernis zur Folge [hat]».⁴⁸ Angestossen hatte dies der Entscheid *Furcht vs. Deutschland* des EGMR vom 23. Oktober 2014⁴⁹ und auch die insoweit deutliche Kritik aus der Lehre.⁵⁰ Die Entscheidung statuierte entschieden, dass eine «Strafzumessungslösung» nicht ausreiche, um die Menschenrechtsverletzung zu kompensieren, die darin liegt, dass ein unschuldiger, unverdächtiger Mensch zum «Werkzeug» der Kriminalpolitik gemacht wird, indem staatliche Behörden selbst ihn anstiften, eine Straftat zu begehen, um diese anschliessend – zur Abschreckung anderer – bestrafen zu können.

[Rz 28] Auch an andere Stelle ist diese Frage bereits aufgekommen und diskutiert worden. So nimmt BERTEL zur österreichischen Norm betreffend die unzulässige Tatprovokation⁵¹ an, dass die Interpretation, ein Verstoß gegen das Provokationsverbot führe lediglich zu einem Milde-

⁴⁵ Urteil des EGMR *Teixeira de Castro gegen Portugal* vom 9. Juni 1998, abrufbar unter: http://www.hrcr.org/safrica/arrested_rights/castro_portugal.html; Deutsche Version in *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSZ) 1999, S. 47 f.

⁴⁶ BGH, Beschluss vom 19. Juni 2012, Az.: 3 StR 206/12.

⁴⁷ BGH, Urteil vom 10.06.2015, Az.: 2 StR 97/14.

⁴⁸ Einsehbar in HRRS 2015 Nr. 1104 (abrufbar unter <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/14/2-97-14.php>). Es ist darauf hinzuweisen, dass der BGH offen gelassen hat, ob die Rechtsfolge einer Verfahrenseinstellung aufgrund eines endgültigen Verfahrenshindernisses bei einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation obligatorisch eintreten muss. Die Rechtsprechung des EGMR allerdings sieht eine «abgestufte» Lösung je nach der konkreten Schwere der Menschenrechtsverletzung nicht vor, sondern legt eine Verfahrenseinstellung in allen Fällen zumindest nahe.

⁴⁹ Urteil des EGMR *Furcht gegen Deutschland* vom 23. Oktober 2014.

⁵⁰ Siehe statt vieler MEYER/WOHLERS, *Tatprovokation quo vadis – zur Verbindlichkeit der Rechtsprechung des EGMR* (auch) für das deutsche Strafprozessrecht, JZ, 2015, S. 761 f. m.w.N.

⁵¹ Art. 5 Abs. 3 österreichische Strafprozessordnung.

rungsgrund nicht haltbar ist, da der Verstoss eben ein solcher gegen Art. 6 EMRK und unfair und unzulässig ist.⁵² Die damit einhergehende Grundrechtsverletzung könne daher eben nicht durch eine Strafmilderung ausgeglichen werden.⁵³

[Rz 29] Fraglich ist, inwieweit diese Entwicklung auch für die Betrachtung der unzulässigen Tatprovokation in der Schweiz von Belang ist.

b. Folgen für das Verfahren gegen den Provozierten

[Rz 30] Bereits vor der Entscheidung des EGMR in Sachen Furcht vs. Deutschland sind auch in der Schweiz deutliche Stimmen vernehmbar gewesen, die eine Regelung über die Strafzumessung für nicht tragbar erachteten.⁵⁴ In Anbetracht der Tatsache, dass der EGMR in seiner Entscheidung Ramanauskas vs. Litauen⁵⁵ die menschenrechtlichen Standards hinsichtlich der unzulässigen Tatprovokation bereits 2008 wiederholt, detailliert und bekräftigend dargelegt hat⁵⁶, ist dies auch nicht erstaunlich. Mit Blick auf die Feststellungen in Furcht vs. Deutschland ist es aber umso dringlicher, zu klären, ob die alleinige Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung mit dem in Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO ausdrücklich normierten Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs in Art. 3 Abs. 2 lit. b StPO vereinbar ist.

c. Beweisverwertungsverbot

[Rz 31] Im Umgang mit der unzulässigen Tatprovokation ist denn auch das Verbot der Beweisverwertung in der schweizerischen Diskussion vorhanden.⁵⁷ Allerdings wird mit Verweis auf den Wortlaut des Art. 293 Abs. 4 StPO und auf entstehende beweisrechtliche Risiken einer solchen Lösung entgegengetreten.⁵⁸ Zudem wird auf das Konkurrenzverhältnis verwiesen, bei welchem man davon ausgeht, dass Art. 293 StPO den Regelungen zu den Beweisverwertungsverböten nach Art. 141 StPO als *lex specialis* vorgeht.⁵⁹ Dies bedauert FORSTER insoweit, als sie annimmt, dass ein Verwertungsverbot betreffend Beweismittel, welche erlangt worden sind, weil der verdeckte Ermittler das Mass der zulässigen Einwirkung auf die Zielperson überschritten und sich damit (unzulässig) täuschend verhalten hat, die logischere Konsequenz und daher rechtsstaatlich zu begrüssen sei.⁶⁰ Trotz der systematisch nur bedingt überzeugenden Einordnung des Art. 293 StPO führt die Bewertung als *lex specialis* aber dazu, dass die Lösung über ein Beweisverwer-

⁵² BERTEL/VERNIER, Kommentar zur StPO, Wien 2012 – BERTEL, Art. 5, N 10 m.w.N.

⁵³ BERTEL/VERNIER, Kommentar zur StPO, Wien 2012 – BERTEL, Art. 5, N 10.

⁵⁴ Etwa PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2. Auflage, Basel 2012, S. 154.

⁵⁵ Urteil des EGMR Ramanauskas gegen Litauen vom 5. Februar 2008, abrufbar unter: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/egmr/01/74420-01.php>. Deutschsprachige Version abrufbar unter: https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wx?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20080205_AUSL000_000BSW74420_0100000_000.

⁵⁶ Das Urteil rekurriert auf eine Historie ähnlich lautender bzw. von der Schlagrichtung her identischer Urteile des EGMR. Vgl. insbesondere Urteil des EGMR Pyrgiotakis gegen Griechenland vom 21. Februar; Urteil des EGMR Teixeira de Castro gegen Portugal vom 9. Juni 1998; Urteil des EGMR Vanyan vs. Russland vom 15. Dezember 2005; Urteil des EGMR Khudobin vs. Russland vom 26. Oktober 2006.

⁵⁷ Vgl. etwa COHEN, Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation, S. 197 f. (215), in YOUSSEF/TÖNDURY, Der Schutz polizeilicher Güter, Zürich/St. Gallen 2011.

⁵⁸ Siehe hierzu BSK StPO-KNODEL, Art. 293, N. 13.

⁵⁹ Siehe DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER-HANSJAKOB, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich Basel Genf 2014, Art. 293, N 17; BSK StPO-KNODEL, Basel 2014, Art. 293, N 13.

⁶⁰ Siehe hierzu BSK StPO-KNODEL, Art. 293, N. 13.

tungsverbot für die schweizerische Rechtslage kaum zu erwarten ist. Mindestens für Fälle, die im Anwendungsbereich der StPO spielen, würde dies mit einer aufwendigen und kaum aufzulösenden Auseinandersetzung mit dem Konkurrenzverhältnis von Art. 141 zu Art. 293 StPO und dem ausdrücklich hinterlegten Willen des Gesetzgebers, eben kein Beweisverwertungsverbot anzunehmen, einhergehen müssen.⁶¹ Obgleich der EGMR eine solche Lösung an sich nicht ablehnt⁶², birgt dies darüber hinaus die Schwierigkeit, dass es dem EGMR nicht in erster Linie um die Frage eines Beweisverwertungsverbots geht, sondern vielmehr eine Gesamtbetrachtung im Vordergrund steht. Verdeutlicht sei dies am Urteil in Sachen Ramanauskas vs. Litauen.⁶³ Bezüglich des Beweisverwertungsverbotes hielt der EGMR fest:

[Rz 32] «Das öffentliche Interesse kann allerdings die Verwendung von Beweismitteln nicht rechtfertigen, die als Ergebnis polizeilicher Anstiftung erlangt wurden. Eine polizeiliche Anstiftung liegt dann vor, wenn die beteiligten Polizisten – seien es Mitglieder der Sicherheitsbehörden oder Personen, die aufgrund von deren Anweisungen handeln – sich nicht darauf beschränken, strafbare Aktivitäten auf rein passive Weise zu ermitteln, sondern Einfluss ausüben und dadurch zur Begehung einer Straftat anstiften, die ansonsten nicht begangen worden wäre, um Beweise zu erlangen und eine Strafverfolgung einzuleiten».

[Rz 33] Dies betrifft zunächst einmal nur die Frage der Verwertbarkeit von Beweismitteln, muss aber gemeinsam mit dem vorausgehenden Absatz gelesen werden, in dem es heisst:

[Rz 34] «Der Gerichtshof muss seinerseits feststellen, ob das Verfahren in seiner Gesamtheit, einschliesslich der Art der Erlangung der Beweise, fair war. Die Aufgabe des Gerichtshofes besteht dabei nicht darin zu entscheiden, ob einzelne Beweise rechtmässig erlangt wurden, sondern zu prüfen, ob eine allfällige Unrechtmässigkeit zur Verletzung eines anderen durch die Konvention geschützten Rechts führte».

[Rz 35] Im Ergebnis geht es dem EGMR daher um die Feststellung einer Gesamtfairness. Daraus wiederum folgt, dass die Gesamtfairness bei der Verwertung von Beweisen, die durch die unzulässige Tatprovokation erzeugt worden sind, nicht mehr möglich ist. Im Unterschied zu einer – etwa mangels Einbezug des Zwangsmassnahmengerichts – vorgenommenen unzulässigen verdeckten Ermittlung, bliebe bei einer unzulässigen Tatprovokation neben den Beweisen, die als unverwertbar gelten müssen, kein Platz für weitere davon allenfalls unabhängige Beweise. Es folgt daraus, dass ein Beweisverwertungsverbot dieser Gestalt letztlich ein faktisches Verfahrenshindernis begründen würde.⁶⁴ Daraus wiederum folgt die Frage, wieso man nicht an sich auf ein Verfahrenshindernis abstellen sollte. Diese Antwort bleibt der Weg über das Beweisverwertungsverbot schuldig.

⁶¹ Dennoch für ein Beweisverwertungsverbot plädierend COHEN, Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation, S. 197 f. (215), in YOUSSEF/TÖNDURY, Der Schutz polizeilicher Güter, Zürich St. Gallen 2011; Auf die systematischen Probleme hinweisend MEYER, Neues zu den Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation, forumpoenale 3/2015, S. 177.

⁶² MEYER, Neues zu den Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation, forumpoenale 3/2015, S. 177, geht davon aus, dass der EGMR eine solche Lösung favorisiert.

⁶³ Abrufbar unter: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/egmr/01/74420-01.php>. Deutschsprachige Version abrufbar unter: https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20080205_AUSL000_000BSW74420_0100000_000.

⁶⁴ So auch MEYER, Neues zu den Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation, forumpoenale 3/2015, S. 176.

[Rz 36] Mindestens ausserhalb der Anwendbarkeit der StPO ist die Lösung über ein Beweisverwertungsverbot allerdings tatsächlich vorhanden. Das Bezirksgericht Zürich⁶⁵ hatte einen Fall zu beurteilen, dessen Sachverhalt (verkürzt) es wie folgt feststellte. In einem Chatroom bot der Beschuldigte sexuelle Dienstleistungen an, ohne allerdings dafür eine Bezahlung einzufordern. Die ebenfalls in diesem Chatroom eingeloggten Polizeibeamten, kontaktierten (im Sinne von Art. 32d Polizeigesetz Zürich) den Beschuldigten und boten einen bestimmten Geldbetrag für sexuelle Handlungen. Dem Beschuldigten ging es aber nur um das Sammeln von sexuellen Erfahrungen und nicht um die Erlangung von finanziellen Vorteilen. Erst wiederholtes motivierendes Verhalten seitens der Polizeibeamten hat dann den Tatentschluss zur Entgegennahme von Geld (und damit zur Verletzung von Bestimmungen des Ausländergesetzes) hervorgerufen. Das Gericht stellt weiterhin fest, dass die von den Polizeibeamten ausgehende Einwirkung auf die Motivation des Beschuldigten weder untergeordneter Natur für den Tatentschluss war, noch dass der Anstoss zur konkret eingeklagten Tat vom Beschuldigten ausgegangen ist. In seinem Urteil stellt das Bezirksgericht Zürich daraufhin fest, dass für die Fälle in denen einen unzulässige Tatprovokation noch vor Eröffnung einer Untersuchung erfolgt, ein Verbot der Verwertung der durch die Kontaktaufnahme zur Zielperson produzierten Beweismittel besteht.⁶⁶

[Rz 37] Es wird dabei allerdings nicht in Gänze klar, warum nicht darüber hinaus davon auszugehen ist, dass eine Verfahrenseinstellung vorzunehmen sei. Dies ist dem Bezirksgericht allerdings insoweit nicht zum Vorwurf zu machen, als keine sonstigen Beweise als jene durch die Kontaktaufnahme bestanden und daher umfänglich freigesprochen wurde – was insoweit bezogen auf den Einzelfall ein für den Beschuldigten günstiges Ergebnis ist, das über die vom EGMR erfolgte Kritik an der Strafzumessungslösung insoweit erhaben ist. Letztlich ist aber doch darauf hinzuweisen, dass gerade dort, wo polizeiliche Tätigkeiten nicht einmal an einem Anfangsverdacht geknüpft sind, die Verfahrensgarantien und das Recht auf ein faires Verfahren jedenfalls nicht weniger schutzwürdig sind, als im Rahmen einer eröffneten Untersuchung. Nicht zuletzt der deutlichen Stellungnahme des deutschen Bundesgerichtshofs, dass «Die rechtsstaatswidrige Provokation einer Straftat [...] regelmäßig ein Verfahrenshindernis zur Folge [hat]»⁶⁷ ist jedoch Anlass, zu prüfen, ob dies nicht auch für die schweizerische Situation zu folgern ist.

d. Verfahrenseinstellung aufgrund Verfahrenshindernis

[Rz 38] PIETH nimmt, rekurrierend auf den Grundsatz von Treu und Glauben, an, dass die staatlich provozierte Straftat in keiner Weise der Zielperson angelastet werden darf. Er fordert daher für alle Fälle eine Verfahrenseinstellung.⁶⁸ Dabei verweist er auch auf die kantonale Rechtsprechung, in welcher diese Lösung durchaus Praxis gewesen ist. Exemplarisch sei hier das Zürcher

⁶⁵ Siehe hierzu das Urteil des Bezirksamtes Zürich vom 19. November 2015 (Geschäftsnummer GG150245-I/U; nicht publiziert und bisher nicht rechtskräftig; Berufung hängig) betreffend den Freispruch aufgrund unzulässiger «Polizei-Fälle».

⁶⁶ Siehe hierzu das Urteil des Bezirksamtes Zürich vom 19. November 2015 (Geschäftsnummer GG150245-I/U), S. 10.

⁶⁷ Einsehbar in HRRS 2015 Nr. 1104 (abrufbar unter <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/14/2-97-14.php>). Es ist darauf hinzuweisen, dass der BGH offen gelassen hat, ob die Rechtsfolge einer Verfahrenseinstellung aufgrund eines endgültigen Verfahrenshindernisses bei einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation obligatorisch eintreten muss. Die Rechtsprechung des EGMR allerdings sieht eine «abgestufte» Lösung je nach der konkreten Schwere der Menschenrechtsverletzung nicht vor, sondern legt eine Verfahrenseinstellung in allen Fällen zumindest nahe.

⁶⁸ PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2. Auflage, Basel 2012, S. 154 m.w.N., kommt es dabei nicht darauf an, ob diese aufgrund eines Beweisverwertungsverbotes oder eines materiell-rechtlichen Strafausschlussgrundes erfolgt.

Obergericht zitiert, welches in einer Entscheidung von 1993 bereits feststellte, dass «Im Regelfall [...] daher die erwiesene Überschreitung der vorstehend umschriebenen rechtsstaatlichen Schranken des V-Mann-Einsatzes dazu führen, dass die strafrechtliche Verfolgbarkeit der unter unzulässigem Einfluss des V-Mannes zustande gekommenen Tat entfällt».⁶⁹ Ein Verfahrenshindernis bei unzulässiger Einflussnahme ist dem schweizerischen Strafrecht damit mindestens nicht gänzlich unbekannt.

[Rz 39] Die Schweiz ist darüber hinaus als Vertragsstaat einer umfassenden Pflicht zur Wahrung der Konventionsrechte mit der Auslegung, die sie in der Praxis des EGMR erfahren, unterworfen.⁷⁰ Dies ist insofern relevant, als Art. 293 Abs. 4 StPO eben jene Strafzumessungslösung als eine Rechtsfolge die Variante vorhält, die der EGMR als nicht ausreichend erachtet, um Fälle der unzulässigen Tatprovokation zu fassen. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit die Regelung des Art. 293 StPO mit der Rechtsprechung des EGMR vereinbar ist. Über die Variante von Strafe abzuweichen, ist jedenfalls ein Weg eröffnet, der eine an der Rechtsprechung des EGMR ausgerichtete Beurteilung von unzulässiger Tatprovokation grundsätzlich zulässt. MEYER verweist diesbezüglich darauf, dass im Falle einer unzulässigen Tatprovokation damit zugunsten der Variante Absehen von Strafe das Rechtsfolgenermessen auf null reduziert wird.⁷¹ Dem zustimmend ergibt sich, dass für die Strafzumessungsvariante kein eigenständiger Anwendungsbereich mehr eröffnet ist. Zu klären bleibt, wie das Absehen von Strafe am besten umzusetzen ist. Klar erscheint dabei, dass ein Absehen von Strafe jedenfalls nach der Vorstellung des EMRK nicht darin liegen kann, einen Schuldspruch ohne Sanktion auszusprechen. Diese vom Bundesgericht einst angenommene Praxis⁷², wird der mit der unzulässigen Tatprovokation einhergehenden Verletzung letztlich ebenso wenig gerecht⁷³, wie eine Strafzumessungsregelung. Der unzulässig Provozierte wäre nämlich auch hier weiterhin durch die Provokation betroffen, wenn nicht durch eine Sanktion, so doch durch den Makel der Schuldspruchs.⁷⁴ Der Schuldspruch selbst würde zudem den Makel in sich tragen, dass er letztlich nur unter Verwendung unverwertbarer Beweise zustande kommen kann.

[Rz 40] Rechtsfolge einer unzulässigen Tatprovokation kann als nur sein, was einen solchen Makel nicht begründet oder aufrechterhält. Das gebietet sich bereits aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO. Diesem Anspruch könnte mittels einer Einstellung aufgrund eines Verfahrenshindernisses am günstigsten Rechnung getragen werden. Diese mag begrifflich einem Absehen von Strafe nicht so nahe stehen wie ein Schuldspruch ohne Sanktion, hat aber den Vorteil, dass kein Makel anhaften bleibt. Über Art. 8 Abs. 1 StPO in Verbindung mit Art. 329 Abs. 4 StPO steht für eine solchen Lösung auch ein Weg zur Verfügung. Eine Einstellung aufgrund eines Verfahrenshindernisses liesse sich letztlich auch durch das Gericht und auch im Rahmen der Hauptverhandlung vornehmen.⁷⁵ Zwar hat das Bundesgericht noch 2013 angedeutet, dass ein solcher Weg aus Sicht der Rechtsprechung nicht eröffnet ist.⁷⁶ Diese Andeutung

⁶⁹ OberGer ZH, SJZ, 1993, S. 72, E.4.2.

⁷⁰ MEYER, Neues zu den Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation, *forumpoenale* 3/2015, S. 176.

⁷¹ MEYER, Neues zu den Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation, *forumpoenale* 3/2015, S. 177.

⁷² Siehe BGE 135 IV 27, 30 f.

⁷³ Anders wohl BSK Strafrecht I-RIKLIN, Vor Art. 52–55, N 26.

⁷⁴ MEYER, Neues zu den Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation, *forumpoenale* 3/2015, S. 177.

⁷⁵ So jedenfalls, DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER-WOHLERS, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich Basel Genf 2014, Art. 8, N. 11 f.; auch JOSITSCH, Strafbefreiung gemäss Art. 52 nStGB^{neu} und prozessrechtliche Umsetzung, SJZ 100/2004; sowie BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, Art. 8, N 106.

⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 6b_708/2012 vom 8. Juli 2013.

steht aber noch nicht unter dem Eindruck der durch Furcht vs. Deutschland weiter gefestigten und ausdifferenzierten Rechtsprechung des EGMR zur unzulässigen Tatprovokation, die letztlich den Schuldspruch ohne Sanktion nicht mehr als konform erscheinen lässt. Spätestens dies sollte die Einstellung nach Art. 329 Abs. 4 StPO aufgrund eines Verfahrenshindernisses in einem neuen Licht erscheinen lassen. Geht man nicht ganz so weit, ist mit MEYER mindestens zu fordern, die Erschliessung dieses Weges auch für die Gerichte und alle Verfahrensstadien mittels einer Analogie zu prüfen.⁷⁷

III. Notwehrprovokation

[Rz 41] Die Bewertung der Tatprovokation und die sich daraus ergebende Strafbarkeit erfolgt nach der hier vertretenen Ansicht zu weiten Teilen im Bereich der Rechtswidrigkeit.⁷⁸ Daraus ergibt sich eine gewisse Nähe zu Konstellation der Notwehrprovokation, deren Kern die Frage betrifft, ob ein provozierendes Verhalten das Notwehrrecht auf Rechtfertigungsebene beeinflusst. Dem Grundsatz nach kann man unter die Notwehrprovokation ein provozierendes Vorverhalten subsumieren, dass geeignet ist eine Notwehrlage hervorzurufen. Es geht dabei aber nicht schlicht um das Provozieren eines Angriffs, sondern die Provokation soll – jedenfalls im Falle der Absichtsprovokation⁷⁹ – dazu dienen, den Angegriffenen in die Lage zu versetzen, den Angreifer selbst gerechtfertigt verletzen zu können. Die Notwehrprovokation geht daher insoweit über die Tatprovokation hinaus, als die provozierte Handlung nicht selbst Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit des Provozierenden ist. Dieser Anknüpfungspunkt liegt vielmehr in der täterschaftlichen Reaktion auf ein provoziertes Verhalten.⁸⁰ Die Strafbarkeit des Provozierenden ist daher schwerpunktmässig nicht in einer Teilnahme zu sehen, sondern in der täterschaftlichen Begehung einer eigenen Tat und der Frage, inwieweit die Provokation hierbei eine allfällige Rechtfertigung begrenzt oder ausschliesst. Darin liegt, trotz vorhandener Nähe,⁸¹ der wesentliche Unterschied zur Tatprovokation. Ein weiterer und mindestens ebenso wesentlicher Unterschied liegt in der Tatsache begründet, dass die Provokation im Rahmen der Notwehrprovokation auch in einem fahrlässigen Verhalten liegen kann. Grundsätzlich kann man also zwischen absichtlicher und fahrlässiger/ungewollter Notwehrprovokation unterscheiden.

⁷⁷ MEYER, Neues zu den Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation, *forumpoenale* 3/2015, S. 178.

⁷⁸ Auch wenn an nicht wenigen Stellen die Kritik zu finden ist, dass eine Lösung über Notstandsgesichtspunkte ein wenig erfreuliches Ergebnis für den *agent provocateur* sei, so kommt man daran nicht vorbei. Siehe hierzu etwa HILLENKAMP, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2010, S. 173 ff. Insofern ist die Regelung des Art. 293 StPO als gesetzliche Norm die über Art. 14 StGB in die Beurteilung einbezogen werden kann eine hilfreicher Ansatzpunkt.

⁷⁹ Siehe zur Unterscheidung zwischen absichtlicher und fahrlässiger Notwehrprovokation sogleich.

⁸⁰ Anders bei Lösungen über die Rechtsfigur der *actio illicita in causa*, die ihrerseits aber mit dem Bestimmtheitsgebot in Konflikt steht und insofern abzulehnen ist.

⁸¹ Diese Nähe lässt sich auch dadurch skizzieren, dass innerhalb der Diskussion zur Notwehrprovokation auf die Argumentation zurückgegriffen wird, dass das Recht verlange, dass der Provozierte – gleich wie der durch einen *agent provocateur* zur Tat Verführte – eben der Provokation zu widerstehen habe. Siehe hierzu HILLENKAMP, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2010, 2. Problem, S. 13.

1. Absichtsprovokation

[Rz 42] Bei der absichtlichen Form der Notwehrprovokation zielt der Provozierende darauf ab, sich im Rahmen der entstehenden Notwehrlage auf sein Notwehrrecht zu berufen und zur Abwehr des Angriffs ein Delikt zu begehen, zu welchem er sich bereits bei der Provokationshandlung entschlossen hatte.⁸² Dabei wird man annehmen dürfen, dass der Provozierende den Vorsatz in sich trägt, dass jenes Verhalten, das eine Notwehrlage auslöst, sich zwar gegen seine Rechtsgüter richtet, diese aber letztlich nicht oder eben nicht irreparabel geschädigt werden sollen. Insofern blitzt hier die Nähe zur Konstellation des *agent provocateur* auf; auch der absichtlich Provozierende möchte nicht, dass seine Provokation in einer Vollendung des provozierten Delikts mündet. Auch er will, eben durch seine eigene Notwehrhandlung, die Verwirklichung hindern. Für die Frage der Strafbarkeit des Provozierenden kommt es dann allerdings darauf an, ob trotz Provokation die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes der Notwehr vorliegen können oder nicht. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass im Falle der Absichtsprovokation der Angegriffene seines Notwehrrechts vollständig verlustig geht.⁸³ So nimmt auch das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung an, dass «der Angegriffene [...] sich nicht auf Notwehr berufen [kann], wenn er die Notwehrsituation provoziert, mithin den Angriff absichtlich herbeigeführt hat, um den Angreifer gleichsam unter dem Deckmantel der Notwehr etwa zu töten oder zu verletzen. Bei dieser sogenannten Absichtsprovokation findet Art. 15 StGB keine Anwendung».⁸⁴

2. Fahrlässige bzw. nicht gewollte Notwehrprovokation

[Rz 43] Auf die vorstehend zitierte Rechtsprechung verweisend, gilt es festzustellen, dass das Bundesgericht für die Fälle in denen «der Angriff nicht dergestalt [also nicht absichtlich] provoziert [wurde], [...] grundsätzlich eine Notwehrsituation im Sinne von Art. 15 StGB»⁸⁵ annimmt. Dies bezeichnet die fahrlässige oder ungewollte Notwehrprovokation. Bei dieser geht man von einer Konstellation aus, in welcher der Angegriffene den Angriff provoziert hat, ohne dieses zu wollen. Das Notwehrrecht wird dann grundsätzlich uneingeschränkt zugebilligt. Allerdings sind Konstellationen denkbar, in denen es eben doch, eingeschränkt wird.⁸⁶ Eine Abgrenzung ist dabei schwierig. Es existiert jedenfalls keine einfache Regel, um die Fälle zu behandeln, in denen

⁸² Vgl. BGE 109 IV 5.

⁸³ Der vollständige Ausschluss der Notwehrrechte bei einer Absichtsprovokation wird dabei so begründet, dass derjenige, der das ihm zustehende Recht missbraucht, den Boden des Rechts verlässt und daher als der eigentliche Angreifer einzustufen ist. Daher sei der Absichtsprovokateur weder schutzwürdig, noch kann er sich auf den Rechtsbewährungsgedanken berufen, so etwa OLAKOLU, Ein Leitfaden für die Notwehrprovokation in HRRS, 2/2010, S. 106 f. (108) m.w.N. Siehe auch BSK StGB-SEELMANN, Art. 15, N. 14. Hinsichtlich der Begründung wird dabei entweder auf den fehlenden Rettungswillen (so DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 9. Auflage, Zürich 2013, S. 159) oder auf die Nicht-Verteidigung der Rechtssubjektivität abgestellt (BSK StGB-SEELMANN, Art. 15, N 14; Urteil des Bundesgerichts 6B_706/2011 vom 3. April 2012 E. 3.1.2.). Daneben wird auch die Gebotenheit der Notwehrhandlung in Frage gestellt. Auch der Ansatz, dass man aus sozial-ethischen Gründen kein Notwehrrecht mehr zubilligen könne, ist zu finden. Übersicht zum Meinungsstand für die Absichtsprovokation siehe bei HILLENKAMP, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2010, 2. Problem.

⁸⁴ So zuletzt bestätigend Urteil des Bundesgerichts 6B_661/2014 vom 13. Januar 2015. Bereits ebenso: Urteil des Bundesgerichts 6B_706/2011 vom 3. April 2012; BGE 109 IV 5; BGE 104 IV 53; BGE 102 IV 228.

⁸⁵ So Urteil des Bundesgerichts 6B_661/2014 vom 13. Januar 2015.

⁸⁶ STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Bern 2013, Art.15, N 8, sehen eine Einschränkung dadurch gegeben, dass bei einer ernststen Provokation eine Pflicht zum Ausweichen bestehe oder das Mass der zulässigen Abwehr stärker einzuschränken sei. So auch TRECHSEL/PIETH, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich 2013, Art. 15, N 11.

der Angegriffene den Angriff durch verwerfliches oder ungebührliches Verhalten zwar veranlasst, aber nicht gewollt hat.⁸⁷ Massgebliches Kriterium für einen allfälligen Einschränkung des Notwehrrechts ist wohl, ob das auslösende Verhalten selbst rechtswidrig (also regelmässig sorgfaltspflichtwidrig) war. War es ein provozierendes aber gleichwohl rechtmässiges Vorverhalten, kommt eine Einschränkung danach nicht in Betracht. Bei rechtswidriger, aber unabsichtlicher Provokation ist zunächst ein Ausweichen zu verlangen. Je nach Fallkonstellation wird auch die Beschränkung auf Schutzwehr gefordert, also den Verzicht auf Mittel, die den Angriff mit Sicherheit sofort beenden, falls mildere Abwehrmittel zur Hand sind.⁸⁸

3. Gesamtbetrachtung

[Rz 44] Die Frage der Notwehrprovokation scheint damit auf den ersten Blick klar. Im Rahmen der Absichtsprovokation kommt es mit der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung üblicherweise zu einem Ausschluss der Notwehrrechte. Bezüglich der ungewollten Provokation wird eine Grenzziehung nach rechtmässigem und rechtswidrigem Vorverhalten vorgenommen und anhand dieser über die Einschränkung des Notwehrrechts befunden.

[Rz 45] Auf den zweiten Blick sind diese Grenzen aber nicht mehr so trennscharf und eindeutig, wie es zunächst scheint. Hinsichtlich der Absichtsprovokation stellt sich die Frage, ob tatsächlich die Preisgabe aller Rechtsgüter durch den Provozierenden jedenfalls zu verlangen ist. Mit der Argumentation, dass der Angreifer sich hat provozieren lassen, obwohl von ihm ebenfalls Rechtstreue zu fordern ist, sowie der Feststellung, dass der angegriffene Provocateur nicht jede und schon gar nicht besonders schwere Rechtsgutsverletzungen hinzunehmen habe, wird dem jedenfalls entgegengetreten und ein Rest an Notwehrrecht für den Provozierenden reklamiert.⁸⁹ Hierzu führt etwa ERB aus, dass «auch eine noch so gravierende rechtswidrige Provokation nichts daran ändert, dass sich der Angreifer durch seine aggressive Reaktion ins Unrecht setzt. Deshalb ist es ausgeschlossen, den Provocateur in der akut zugespitzten Situation generell zur widerstandslosen Duldung dieser Reaktion zu verpflichten, wenn er nicht mehr ausweichen kann, denn hierdurch würde man den rechtswidrigen Angriff ja de facto wie ein gerechtfertigtes Verhalten behandeln. Insofern ist im Hinblick auf das besondere Gewicht einer rechtswidrigen Absichtsprovokation zwar tendenziell von einer besonders weitgehenden Einschränkung des Notwehrrechts auszugehen, jedoch kann diese niemals so weit reichen, dass vom Betroffenen in aussichtsloser Situation zu verlangen wäre, sich schwer verletzen oder sogar töten zu lassen».⁹⁰ Aufgrund der Tatsache, dass der Provozierte letztlich über Art und Ausmass seiner Reaktion entscheidet, ist dem zuzustimmen. Es gilt also besonders schwere oder aussergewöhnliche Folgen, die durch die Reaktion auf die Provokation ausgelöst werden, in die Frage nach dem Notwehrrecht des Provozierenden einzubeziehen. Es kann etwa bei einem Angriff auf das Leben nicht mehr davon ausgegangen werden, dass dieser hinzunehmen ist und eine Abwehr aufgrund der vorausgegangenen Provokation nicht von einem Rettungswillen getragen sei.

⁸⁷ So STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Bern 2013, Art. 15 N 8.

⁸⁸ Siehe auch BSK Strafrecht I-SEELMANN, Art. 15, N. 14.

⁸⁹ So etwa MIEBACH/HEITSCHEL-HEINEGG/AMBOS/et al., Münchener Kommentar zum StGB-ERB, München 2011, § 32 N 227 m.w.N.

⁹⁰ Etwa MIEBACH/HEITSCHEL-HEINEGG/AMBOS/et al., Münchener Kommentar zum StGB-ERB, München 2011, § 32 N 227.

[Rz 46] Hinsichtlich der ungewollten Provokation stellt sich die Frage, ob dies nicht aufgrund einer anderen Ausrichtung der Grenzziehung gelingen könnte. OLAKCOLU konstruiert hierzu angelehnt an die deutsche Rechtsprechung, folgende Kontrollfrage: Hat der Angegriffene durch sein rechtswidriges oder auch sozial missbilligtes Vorverhalten die Reaktion des Angreifers verursacht und kann diese Reaktion als das «Werk» des Angegriffenen angesehen werden? Ist dies der Fall, kommt eine Einschränkung des Notwehrrechts in Betracht, wenn ein enger zeitlich-räumlicher Zusammenhang zwischen Provokation und Angriff gegeben ist.⁹¹ Betrachtet man diese Kontrollfrage näher, fällt auf, dass diese in ihrer Anwendung letztlich nicht auf die ungewollte Provokation begrenzt ist. Es stellt sich daher die Frage, ob nicht eine Gesamtbetrachtung der Notwehrprovokation möglich und geboten ist. Dies mit dem Ziel, eine Antwort auf die Frage zu liefern, inwieweit ein Notwehrrecht bestehen kann, wenn man sowohl Provokation als auch Reaktion und deren Folgen in die Bewertung einbezieht. Dies wäre jedenfalls einer kategorischen Einordnung, die in jedem Fall einer absichtlichen Provokation das Notwehrrecht ausschliesst und bei der eine rechtmässige, aber sozial missbilligte Provokation per se keine Einschränkung des Notwehrrechts nach sich zieht, insoweit überlegen, als die mögliche Steuerung durch den Provozierten nicht unberücksichtigt bliebe. Darüber hinaus würde die Provokationshandlung an sich auch einer genaueren Betrachtung unterzogen. Gerade in Fällen in denen eine Provokation zwar ungewollt und rechtmässig ist, sind durchaus Fälle denkbar, in denen die Reaktion eben doch vorhersehbar ist und dann allenfalls doch das Vorverhalten einschränkend auf das Notwehrrecht wirkt. Mindestens in dem Sinne, als man bei Vorhersehbarkeit annehmen sollte, dass eine mögliche Schutzwehr der Trutzwehr vorauszugehen hat. Es geht daher letztlich um eine Gesamtbetrachtung der Konstellation der Notwehrprovokation unter Einbezug der Provokation und der Reaktion, an welcher sich dann auch die Frage des Bestehens und des Umfangs eines Notwehrrechts ausrichtet.⁹²

[Rz 47] Dies kann über eine Vorgabentrias⁹³ betreffend des Notwehrrechts des Provozierenden gelingen. In diese wird auch die Betrachtung der Reaktion auf die Provokation und die Folgen für den Provozierenden aufgenommen. Daraus ergeben sich die folgenden drei Vorgaben für den Umgang mit der Notwehrprovokation:

1. Der Angegriffene muss Beeinträchtigungen, die aus Angriffen stammen, die durch seine Provokation gewollt oder beabsichtigt sind, hinnehmen. Dies jedenfalls soweit, als die Beeinträchtigungen sich im Rahmen dessen bewegen, was durch die Provokation vernünftigerweise zu erwarten ist. Hält der Angegriffene dem nicht stand, kann er sich nicht auf ein Notwehrrecht berufen.
2. Der angegriffene Provokateur ist ansonsten dem Grundsatz nach auf die Ausübung reiner Schutzwehr beschränkt. Erst nachrangig ist eine Trutzwehr gestattet.

⁹¹ OLAKCOLU, Ein Leitfaden für die Notwehrprovokation in HRRS, 2/2010, S. 106 f. (110).

⁹² HILLENKAMP selbst hat in Vorsatztat und Opferverhalten, Göttingen 1981, S. 125 sieht eine Begrenzung der Notwehrrechte unter Opferschutzaspekten als problematisch an. Er schlägt daher ebenfalls eine den Einzelfall betrachtende Lösung vor. Allerdings verschiebt er, aufgrund der Annahme, dass eine Beurteilung auf der Rechtswidrigkeitsebene zu einem Rückschritt des Opferschutzes praeter legem führe, seine Lösung in den Bereich der Strafzumessung (a.a.O., S. 131).

⁹³ Gebildet nach bzw. in Anlehnung an KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN-KINDHÄUSER, NomosKommentar Stragesetzbuch, Baden Baden 2013, Art. 32, N 122. Allerdings in anderer Reihenfolge, die hier zugunsten der Orientierung an der Erheblichkeit der Folge abgewandelt wird. Des Weiteren sei darauf hingewiesen, dass er zu Recht darauf verweist, dass nach dieser Lösung kein Rückgriff auf die – mit dem Bestimmtheitsgebot nicht zu vereinbarende und daher abzulehnende – actio illicita in causa erforderlich ist.

3. Bei besonders erheblichen Rechtsgutsgefährdungen – insbesondere auf das Rechtsgut Leben – lebt das Notwehrrecht vollumfänglich auf.

[Rz 48] Mit diesen Vorgaben lassen sich für die Fälle⁹⁴ der Notwehrprovokation taugliche Einschätzungen erzielen, ob und in welcher Weise sich der Provozierende auf das Notwehrrecht berufen kann. Gerade für Geschehensabläufe, die nach oder neben der Provokation eine eigene Dynamik entwickeln, gestattet die Trias eine Berücksichtigung dieser Dynamik. Sei es hinsichtlich der Qualität der Gefährdung, sei es hinsichtlich der Vorhersehbarkeit der Gefährdung durch den Angriff. Es kann dann eine Bewertung erfolgen, die letztlich präzisiert am Einzelfall ausgerichtet ist, als dies mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts und jenen Teilen der Lehre der Fall ist, die bei einer absichtlichen Provokation per se von einem Ausschluss des Notwehrrechts ausgehen beziehungsweise im Falle der ungewollten Provokation lediglich auf die Rechtmässigkeit des Vorverhaltens abstellen.

IV. Provokation und Strafe

[Rz 49] Provokationen sind über die bisher beschriebenen Bereiche hinaus auch im Rahmen der Strafzumessung wirkgewaltig. Hier können sie sowohl spezifisch für die Beleidigung eine fakultative Strafbefreiung⁹⁵ auslösen als auch allgemein im Rahmen der Strafzumessung als Strafmilderungsgrund nach Art. 48 lit. a StGB zu berücksichtigen sein.

1. Fakultative Strafbefreiung nach Art. 177 Abs. 2

[Rz 50] Die Regelung des Art. 177 Abs. 2 StGB sieht vor, dass der Richter den Täter von Strafe befreien kann, wenn der Beschimpfte durch sein ungebührliches Verhalten zu der Beschimpfung unmittelbar Anlass gegeben hat.⁹⁶ Damit wird im Rahmen der Ehrverletzungsdelikte eine speziell auf die Beschimpfung anzuwendender Strafbefreiungsgrund vorgehalten, der eben im Falle einer Provokation gegeben sein kann. Hierbei wird die Provokation als ungebührliches Verhalten umschrieben. Eben dieses gestattet es, den daraufhin handelnden anders zu behandeln, als wenn die Beschimpfung durch ihn quasi ansatzlos geschieht. Ratio legis der Strafbefreiung sei mithin, dass der Täter aufgrund der zeitlich stark begrenzten Gegebenheiten nicht die Möglichkeit zu einer ruhigen Überlegung hat und daraufhin im Affekt seinerseits auf das ungebührliche Verhalten eine Beschimpfung erwidert.⁹⁷ Das ist insofern überzeugend, als der Wortlaut der Norm ja selbst die Unmittelbarkeit als Voraussetzung klar herausstellt. Es kann aber zugleich auch der Fall aufgenommen werden, in denen der Täter quasi selbst durch die Beschimpfung einen ge-

⁹⁴ So ebenfalls KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN-KINDHÄUSER, Strafgesetzbuch NomosKommentar Strafgesetzbuch, Baden Baden 2013, Art. 32, N 128, in der er unter der Fallgruppe der verschuldeten Notwehrlage aufzeigt, wie die von ihm als Schrankentrias bezeichneten Vorgaben eben auch den Bereich der Fahrlässigkeitsprovokation betrifft.

⁹⁵ Bei der Provokation handelt es sich nicht um einem Rechtfertigungsgrund, sondern – ebenso wie bei der Retorsion nach Art. 177 Abs. 3 StGB, die nach TRECHSEL/PIETH, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich 2013, Art. 177, N 7 einen Spezialfall der Provokation darstellt – um einen fakultativen Strafbefreiungsgrund, vgl. BGE 109 IV 39, 43.

⁹⁶ So Art. 177 Abs. 2 StGB. Siehe Beispielsfälle die diese Konstellation betreffen nachgewiesen bei BSK Strafrecht I-RIKLIN, Art. 177 N 23; TRECHSEL/PIETH, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich 2013, Art. 177, N 7.

⁹⁷ Vgl. BGE 83 IV 151.

wissen Ausgleich für das ungebührliche Verhalten schafft.⁹⁸ Dies ergibt sich aus der Nähe zur Retorsion, die letztlich als Spezialfall der Provokation, eben dieses Konstellation des unmittelbaren Ausgleichens ja noch über eine Beschimpfung hinaus auch auf Tötlichkeiten ausweitet. Zwar ist ein ungebührliches Verhalten als Provokation in Art. 177 Abs. 2 StGB dabei nicht so eng wie die in Art. 177 Abs. 3 StGB geforderte Beschimpfung⁹⁹, zugleich ist über die Begrenzung der Reaktion auf eine unmittelbar erwidernde Beschimpfung in Art. 177 Abs. 2 StGB aber sicher gestellt, das keinesfalls der Bagatellbereich verlassen wird. Die Begrenzung auf den Bagatellbereich ist ihrerseits darüber hinaus auch der Grund, warum es durchaus angemessen ist, als mögliche Rechtsfolge die Strafbefreiung vorzugeben. Mehr als diese quasi digitale Entscheidung Bestrafung oder Befreiung würde der Schwere der Situation nicht gerecht.

2. Retorsion als Spezialfall der Provokation

[Rz 51] Eine Provokation kann nicht nur in einem mehr oder wenige klar fassbaren ungebührlichen Verhalten liegen, sie kann auch sehr spezifisch und konkret ausfallen. Für die Fälle, dass die Provokation in einer Beschimpfung liegt, sieht Art. 177 Abs. 3 die sogenannte Retorsion vor. Bei dieser handelt es sich um einen Spezialfall der Provokation im Sinne von Art. 177 Abs. 2 StGB.¹⁰⁰ Es soll durch sie die Möglichkeit geschaffen werden, von Strafe abzusehen «wenn die streitenden Teile sich selber schon an Ort und Stelle Gerechtigkeit verschafft haben und der Streit zu unbedeutend ist, als dass das öffentliche Interesse nochmalige Sühne verlangen würde».¹⁰¹ Noch deutlicher als im Bereich des Art. 177 Abs. 2 StGB tritt hier also zu Tage, dass die Rechtsordnung ein gewisses Mass an Selbstjustiz toleriert. Nämlich genau dort, wo es sich um einen begrenzten Bagatellbereich handelt, von dem aber tatsächlich angenommen werden darf, doch recht häufig erfüllt zu sein. Hierbei spielt letztlich auch die Frage der Effizienz eine Rolle. Konsequenz ist insofern auch die Möglichkeit beide Täter, also provozierenden wie provozierten von Strafe zu befreien.¹⁰²

3. Strafmilderung nach Art. 48 lit. b StGB

[Rz 52] Eine vom Anwendungsbereich deutlich umfassendere Stellschraube für den Umgang mit Provokationen bietet der Strafmilderungsgrund des Art. 48 lit. b StGB. Danach gilt, dass das Gericht die Strafe mildern kann, wenn der Täter durch das Verhalten der verletzten Person ernsthaft in Versuchung geführt worden ist. Grundsätzlich kann Art. 48 lit. b StGB damit bei jeder Provokation und unbeachtlich der strafrechtlich relevanten Reaktion auf diese, seine Wirkung entfalten. Beispielsweise auch dann, wenn die Provokation den in Art. 177 Abs. 2 und Abs. 3 StGB

⁹⁸ So auch TRECHSEL/PIETH, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich 2013, Art. 177, N 7, die insofern von «Selbstjustiz» im Bagatellbereich sprechen.

⁹⁹ Neben der Beschimpfung ist die Retorsion auch bei Tötlichkeiten möglich – vgl. etwa BGE 72 IV 20, 21; BGE 82 IV 177, 181 – insgesamt ist hier aber der Rahmen des provozierenden Verhaltens eben an Straftatbestände des StGB geknüpft und damit enger beschrieben als in Art. 177 Abs. 2 StGB.

¹⁰⁰ TRECHSEL/PIETH, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich 2013, Art. 177, N 8.

¹⁰¹ BGE 72 IV 22.

¹⁰² Siehe Art. 177 Abs. 3 2. Halbsatz StGB. Zumal in der Praxis die genaue Rollenverteilung nicht immer leicht feststellbar ist.

beschrieben Rahmen verlassen hat.¹⁰³ Er erstreckt sich damit letztlich auf alle Provokationen bei denen das Verhalten des Verletzten so provozierend gewesen ist, dass selbst ein verantwortungsbewusster Mensch in der Situation des Täters Mühe gehabt hätte, nicht mit einem strafrechtlich sanktionierten Verhalten darauf einzugehen. Oder wie es die Rechtsprechung für einen Fall der sexuellen Handlung mit Kindern bezeichnet hat: «zu widerstehen».¹⁰⁴

[Rz 53] Tatsächlich hat die Rechtsprechung vor allem im Bereich der Delikte gegen die sexuelle Integrität einen Anwendungsbereich für Art. 48 lit. b StGB ausgemacht.¹⁰⁵ Ist man zunächst noch davon ausgegangen, dass die Strafmilderung nach Art. 48 lit. b StGB auch diese Fälle nicht passt – insbesondere erwachsenen Tätern hat man sozusagen eine Immunität gegen Provokation zugetraut bzw. abverlangt. Hiervon ist die Rechtsprechung abgerückt und hat mindestens dem Grundsatz nach die Anwendung von Art. 48 lit. b StGB auch auf Delikte gegen die sexuelle Integrität bejaht. Daraus ergibt sich nahezu zwangsläufig, dass der Täter nicht nur durch ein allfällig provozierendes Verhalten «in Versuchung» geführt wird, sondern auch eine Versuchung die Strafmilderung dadurch zu erreichen, dass das Opfer – eben auch das nicht provozierende – in Misskredit gebracht wird, um so an die Strafmilderung zu gelangen.¹⁰⁶ Es bedarf daher im Rahmen der Delikte gegen die sexuelle Integrität einer sorgfältigen und genauen Prüfung einer allfälligen Strafmilderung aus Art. 48 lit. a. StGB.¹⁰⁷ Sicher nicht kann diese gegeben sein, wenn aufgrund der klaren Haltung des Opfers von einem ernstlich in Versuchung bringen nicht die Rede sein kann. Mag der Täter gegen dies klare Haltung auch noch so viele weitere und allenfalls subjektiv aufreizende Begebenheiten stellen, die klare Haltung muss überwiegen.¹⁰⁸

V. Resümee

[Rz 54] Provokationen sind in der Lage massive Folgen auszulösen. Das gilt sowohl für die tatsächliche Reaktion auf eine Provokation als auch für die Rechtsfolgen einer Provokation.

[Rz 55] Hinsichtlich der Tatprovokation führt dies dazu, dass man den agent provocateur und seine Strafbarkeit als Anstifter letztlich an der Frage bemessen muss, ob sich das Mass der Einwirkung auf den Tatentschluss noch als zulässig qualifizieren lässt. Hierbei ist die Regelung des Art. 293 StPO massgebliche Richtschnur. Ist dies nicht der Fall, trifft den Provokateur grundsätzlich ein Strafbarkeitsrisiko. Quasi als strafprozessualer Spiegel dieser Einschätzung ergibt sich für den Provozierten, dass das unzulässige Verhalten des agent provocateur, jedenfalls für alle Fälle in denen die Provokation nicht von einem Privaten ausgeht, dazu führt, dass ein Strafverfahren gegen ihn aufgrund eines Verfahrenshindernisses einzustellen ist.

¹⁰³ Es wird auch davon gesprochen, dass es sich bei Art. 177 Abs. 2 StGB um einen Spezialfall des Art. 48 lit. a StGB handelt und von der Möglichkeit einer subsidiären Anwendung ausgegangen, so TRECHSEL/PIETH, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich 2013, Art. 177, N 7.

¹⁰⁴ Siehe BGE 102 IV 273, 278.

¹⁰⁵ Siehe die Kasuistik bei BSK Strafrecht I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48, N 22.

¹⁰⁶ So auch BSK Strafrecht I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48, N 23.

¹⁰⁷ Noch strenger TRECHSEL/PIETH, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich 2013, Art. 48 N 16, sie sprechen gar von einer besonderen Zurückhaltung die es zu üben gilt.

¹⁰⁸ So zutreffend BSK Strafrecht I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48, N 23 mit Verweis auf KassH 20. Dezember 2005, 6S.378/2005, E. 2.4.

[Rz 56] Hinsichtlich der Notwehrprovokation sind die massiven oder ungewöhnlichen Folgen einer Provokation ebenfalls zu beachten. Dies erfolgt nach vorliegendem Vorschlag dadurch, dass sich die Beurteilung des Notwehrrechts nicht nur an der Provokation allein sondern auch an den Folgen aufgrund der Reaktion des Provozierten bemisst. Sowohl absichtliche wie ungewollte Provokationen können dann durch ein Notwehrrecht gedeckt sein. Der Provozierende kann aber auch zur Schutzwehr verpflichtet sein oder es ist ihm gar die Hinnahme einer Beeinträchtigung in seine Rechten abzuverlangen.

[Rz 57] Im Ergebnis ergibt sich für die Tatprovokation sowohl als auch für die Notwehrprovokation und die Frage der Strafzumessung, das Erfordernis, die einzelne Provokationshandlung genau unter die Lupe zu nehmen. Dabei gilt sowohl für Tat- als auch Notwehrprovokation, dass dort wo der Provozierende eine bisher nicht bestehende Dynamik in Gang setzt, ein Strafbarkeitsrisiko für das bzw. aufgrund des in den Bahnen dieses Anstosses verlaufenden Geschehens besteht. Hinsichtlich der Tatprovokation ist sodann auf das Mass der Einwirkung abzustellen bzw. ob die Einwirkung nur an eine bestehende Dynamik anknüpft und dann in ihrer zulässigen Variante bestehen kann. Hinsichtlich der Notwehrprovokation liegt ein Schwerpunkt der Beurteilung auch auf den Folgen der Provokation und so ist mitentscheidend, ob sich die Folgen innerhalb des ausgelösten Tatenschlusses bewegen. Ist dies der Fall, ist vom Provozierenden mehr zu verlangen ist, als wenn die Reaktion auf die Provokation eine eigene oder übergrosse Dynamik entwickelt. Hierbei ergibt sich im Umkehrschluss gar so etwas wie eine entfernte Verwandtschaft zwischen Notwehr und Strafmilderungsaspekten. Bei ernsthaften Versuchungen kennt das Gesetz zwar keine Rechtfertigung doch aber eine Nachsicht für den Täter. Diese ist letztlich darauf zurückzuführen, dass das Opfer den Anstoss zur strafbaren Handlung gegeben hat. Ist das Opfer daher für die Dynamik verantwortlich die ausgelöst wird. Dann erscheint der Täter für seinen Entschluss, eine strafrechtliche relevante Handlung aufgrund der Provokation zu begehen, nicht als voll verantwortlich.¹⁰⁹

Dr. iur. JULIAN MAUSBACH, RA, Oberassistent für Strafrecht und Strafprozessrecht Universität Zürich.

¹⁰⁹ So auch BGE 98 IV 68; vgl. hierzu auch TRECHSEL/PIETH, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich 2013, Art. 48 N 14.